

Zur Rolle des Bundesgerichts bei der Verfassungsauslegung

Einige Gedanken im Anschluss an BGE 139 I 16

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zur Rolle des Bundesgerichts bei der Verfassungsauslegung. Gedanken zu BGE 139 I 16, Jusletter vom 6.10.2014 (Internetzeitschrift). Es ist möglich, dass die auf Jusletter publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Dem Bundesgericht wird gelegentlich vorgeworfen, es überschreite seine Kompetenzen und lege nicht nur aus, sondern betreibe (unzulässige) Rechtsfortbildung, so in Bezug auf BGE 139 I 16, in dem das Bundesgericht auch grundsätzliche Aussagen zur Tragweite der Art. 121 Abs. 3-6 BV (die auf die sog. „Ausschaffungsinitiative“ zurückgehen) sowie zum Verhältnis von Völker- und Landesrecht formulierte. Dies soll zum Anlass genommen werden, anhand des erwähnten Urteils einige Überlegungen zur Rolle des Bundesgerichts bei der Verfassungsauslegung anzustellen und die Frage zu stellen, ob der (ja in der Sache gravierende) Vorwurf, das Bundesgericht habe hier seine Kompetenzen überschritten, gerechtfertigt erscheint

I. Einleitung

Auch wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz im internationalen Vergleich in Bezug auf Erlasse des Bundes aus verschiedenen Gründen eine weit weniger grosse Rolle spielt als in vielen anderen Staaten,¹ kommt der Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichts eine zentrale Rolle im Hinblick auf die effektive Beachtung der Verfassung in der gesamten Rechtsordnung und bei jeglichem staatlichen Handeln zu. Immer wieder hat sich das Bundesgericht in konkreten Fallgestaltungen zu Fragen der Verfassungsauslegung oder / und der verfassungskonformen Auslegung niederrangigen Rechts zu äussern, dies trotz des in Art. 190 BV verankerten Anwendungsgebots. In einem der Gewaltenteilung verpflichteten Rechtsstaat ist diese Funktion der Rechtsprechung – insbesondere des Höchstgerichts – denn auch eine der wichtigsten und vornehmsten ihrer Aufgaben, geht es doch letztlich um die Sicherstellung der effektiven Wirkung der Verfassung und ihre Auslegung, eine Aufgabe, die in einem Rechtsstaat der Rechtsprechung obliegt.

Dabei ist es durchaus wenig überraschend, dass nicht immer alle Urteile des Bundesgerichts in der Öffentlichkeit und in der Lehre auf ungeteilte Zustimmung stossen; es ist zweifellos

¹ Zur Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich *Maya Hertig Randall*, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, ZSR 2010 II, 221 (276 ff.).

Teil der wissenschaftlichen (aber auch öffentlichen) Auseinandersetzung, dass man Ansätze des Bundesgerichts in Frage stellt und neue oder andere Wege und Lösungen vorstellt,² und im Übrigen kann sich natürlich auch ein höchstes Gericht einmal „irren“ und im Anschluss an durch die Lehre entwickelte Argumente seine Rechtsprechung ändern.

Über eine solche inhaltliche Auseinandersetzung hinaus geht hingegen der gelegentlich erhobene Vorwurf, das Bundesgericht überschreite seine Kompetenzen und lege nicht nur aus, sondern gebärde sich als eine Art Gesetz- bzw. gar Verfassungsgeber: Denn eine derartige Kritik zielt letztlich weniger auf die inhaltliche Stichhaltigkeit des jeweiligen Urteils bzw. der richterlichen Argumentation, denn auf die grundsätzliche Zulässigkeit der Art und Weise der Rechtsprechungstätigkeit selbst ab, was deren Legitimität unterminiert. In der jüngeren Vergangenheit sind derartige Erwägungen insbesondere im Anschluss an das Urteil des Bundesgerichts zum Widerruf der Niederlassungsbewilligung eines Drittausländers, in dem das Bundesgericht auch grundsätzliche Aussagen zur Tragweite der Art. 121 Abs. 3-6 BV (die auf die sog. „Ausschaffungsinitiative“ zurückgehen) sowie zum Verhältnis von Völker- und Landesrecht formulierte (BGE 139 I 16),³ angestellt worden, dies nicht nur in der Politik,⁴ sondern auch in der Lehre.⁵

Dies soll zum Anlass genommen werden, anhand des erwähnten Urteils des Bundesgerichts einige Überlegungen zur Rolle des Bundesgerichts bei der Verfassungsauslegung anzustellen. Dabei wird jedoch nicht der Anspruch erhoben, die bereits seit Jahrzehnten bzw. Jahrhunderten geführte Debatte über die Abgrenzung zwischen (zulässiger) Auslegung des Rechts und (unzulässiger) Rechtsfortbildung im Rahmen der Rechtsprechung nochmals zu führen oder auch nur nachzuzeichnen. Vielmehr geht es darum, anhand eines konkreten Beispielfalls – nämlich des genannten Urteils des Bundesgerichts – die Frage zu stellen, ob der (ja in der Sache gravierende) Vorwurf, das Bundesgericht habe hier seine Kompetenzen überschritten, gerechtfertigt erscheint (III.). Auch hierfür sind aber einige Überlegungen zu den Grundsätzen der Verfassungsauslegung – wobei hier die Besonderheiten der Schweizer

² Wobei es aber nach der hier vertretenen Ansicht von wenig Gespür in Bezug auf die Funktion der Gewaltenteilung in einem Rechtsstaat zeugt, wenn die anderen Gewalten durch deplatzierte Äusserungen die Achtung vor den Befugnissen der Rechtsprechung untergraben, was zwar nicht häufig, aber doch gelegentlich, vorkommt.

³ Zu diesem Urteil *Astrid Epiney*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts, Jusletter v. 18.3.2013; *Giovanni Biaggini*, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK. Bemerkungen aus Anlass des denkwürdigen, aber nicht durchweg überzeugenden Urteils des Bundesgerichts 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012 i.S. X. betreffend die Tragweite der sog. Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3-6 BV), ZBl. 2013, 316 ff.; *Christophe Herzig*, Völkerrecht versus Landesrecht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Jusletter v. 8.4.2013; *Yvo Hangartner*, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, AJP 2013, 698 ff.

⁴ S. insoweit schon NZZ v. 9.2.2013.

⁵ So insbesondere *Luc Gonin*, Les initiatives sur le renvoi des étrangers criminels – simple balade sur les rives du droit pénal ou plongée éprouvante dans les profondeurs de la mer constitutionnelle?, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014, Bern 2014, 37 ff. (insbesondere 49 ff.).

Verfassung zu berücksichtigen sind – anzustellen (II.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbemerkung zur Rolle der Rechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat (IV.).

II. Zur Verfassungsauslegung – eine Skizze

Rechtsnormen – auch Verfassungsrecht – bedürfen der Auslegung, und da auch die Aussage, eine Norm sei „klar“, bereits eine Auslegung impliziert, gibt es grundsätzlich keine „klaren“ Normen, sondern jede Rechtsanwendung ist immer ein Prozess der (mehr oder weniger schwierigen) Auslegung. Dabei sind in Lehre und Praxis die heranziehenden Methoden der Auslegung grundsätzlich anerkannt. Ihre Anwendung soll sicherstellen, dass die Grenze zwischen zulässiger Auslegung und „Verfassungs- bzw. Gesetzeskorrektur“ beachtet wird, womit es letztlich um die Legitimität der Auslegung geht. Lässt sich eine bestimmte Auslegung in nachvollziehbarer Weise auf diese Methoden stützen, so geht es um eine zulässige Auslegung; ist dies nicht (mehr) der Fall, wurde die Grenze zur (unzulässigen) Rechtsfortbildung überschritten.

Im Einzelnen spuren die Auslegungsmethoden somit letztlich die zulässige Argumentationsschienen vor; sie stellen m.a.W. einen abschliessenden Katalog dar, an dem sich jede Auslegung zu orientieren hat. Dabei ist bei der Heranziehung dieser Auslegungsmethoden gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein (pragmatischer) Methodenpluralismus zu verfolgen.⁶ Eine Bestimmung ist so „aus sich heraus“ und „pragmatisch orientier[t]“ auszulegen, ohne dass zwischen einzelnen Auslegungsmethoden eine Hierarchie bestehe.⁷

Es ist hier nicht der Ort, im Einzelnen auf die Verfassungsauslegung einzugehen;⁸ stichwortartig sei aber auf folgende Aspekte hingewiesen, die als solche im Grundsatz wohl allgemein anerkannt sind:⁹

- Die Methoden der Auslegung sind die grammatikalische, die historische, die systematische und die teleologische Auslegung (die sog. geltungszeitliche Auslegung kann als Unterfall der teleologischen Auslegung angesehen werden).
- Die verschiedenen Verfassungsbestimmungen sind gleichrangig, so dass nicht eine Norm prinzipiell den Vorrang vor einer anderen beanspruchen kann.
- Dies ändert aber nichts daran, dass den tragenden Grundsätzen der Verfassung (auch „Strukturprinzipien“ genannt) insofern eine besondere Bedeutung zukommt, als sie

⁶ Siehe z.B. BGE 131 III 314 E. 2.2; BGE 137 IV 249 E. 3.2.

⁷ BGE 139 III 225 E. 2.2.

⁸ Vgl. insoweit etwa *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., 2011, § 4; *Eva Maria Belser*, Titel und Datum, Rn. 56 ff., in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, 2015 (im Erscheinen).

⁹ Zwar wird über einiges durchaus gestritten; in der Regel betreffen die eigentlichen Streitpunkte jedoch nicht die Methoden an sich, sondern ihre Anwendung auf eine bestimmte Norm.

tragende Prinzipien sind, an denen sich die Verfassungsauslegung zu orientieren hat. Für die Bundesverfassung sind das demokratische, des rechtsstaatliche, das sozialstaatliche sowie das bundesstaatliche Prinzip als solche Strukturprinzipien anerkannt, wobei im Einzelnen aber einiges umstritten ist.¹⁰

- Grundsätzlich gilt auch ein Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung.
- Ein schematisches Abstellen auf den *lex posteriori*-Grundsatz verbietet sich grundsätzlich: Denn häufig – wenn nicht gar in aller Regel – kann nicht davon ausgegangen werden, dass die später erlassene Bestimmung zwingend allen entgegenstehenden früheren Bestimmungen vorgehen soll, hätten diese doch ansonsten aufgehoben werden müssen.
- Schliesslich ist die Einheit der Verfassung im Blick zu behalten, so dass die Auslegung auch einem „ganzheitlichen Verfassungsverständnis“¹¹ verpflichtet ist und die Auslegung so zu erfolgen hat, dass innerhalb der Verfassung möglichst wenig Widersprüche auftreten. In diesem Zusammenhang spielt der Grundsatz der praktischen Konkordanz, wonach die verschiedenen Bestimmungen so auszulegen sind, dass jede von ihnen ihre grösstmögliche Wirksamkeit erlangt,¹² wobei dieser auch als eine spezifische Spielart der systematischen Auslegung angesehen werden kann, eine zentrale Rolle: Die verschiedenen Bestimmungen sind unter Berücksichtigung anderer, ggf. entgegenlaufender gleichrangiger Vorgaben auszulegen, wobei soweit wie möglich Widersprüche durch Auslegung zu vermeiden sind, so dass die verschiedenen (möglicherweise entgegenlaufenden) Bestimmungen jeweils ihre grösstmögliche Wirkung entfalten können.

Deutlich wird damit auch, dass die Auslegung und ihr Ergebnis letztlich keine „exakte Wissenschaft“ darstellt und es nicht um das Finden von „Wahrheiten“ geht, sondern es nur vertretbare und nicht mehr vertretbare Argumentationsweisen gibt.¹³ Insofern ist denn auch die Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung notwendigerweise unscharf, und es kann keine „starre“ Trennlinie entwickelt werden, zumal sich die Gewichtung und die Rolle der verschiedenen Methoden im Laufe der Zeit etwas verschieben können und bei der Auslegung der Spezifität der jeweiligen Rechtsordnung bzw. der auszulegenden Texte ein ggf. bedeutender Stellenwert zukommen kann.

Im hier interessierenden Zusammenhang ist dabei insbesondere von Bedeutung, dass die schweizerische Bundesverfassung zwar juristisch als Einheit anzusehen ist, die jedoch nicht aus „einem Guss“ entstanden, sondern historisch gewachsen ist, so dass die einzelnen Bestimmungen nicht immer aufeinander abgestimmt sind; ein irgendwie geartetes

¹⁰ Zur Diskussion z.B. *Tschannen*, Staatsrecht (Fn. 8), § 6.

¹¹ So *Tschannen*, Staatsrecht (Fn. 8), § 4, Rn. 40.

¹² Zu dieser Auslegungsmaxime BGE 139 I 16 E. 4.2.1, m.w.N.

¹³ Vgl. insoweit auch die treffende Formulierung von *Tschannen*, Staatsrecht (Fn. 8), § 4 Rz. 4: „Es kann der Auslegung nicht um die Herleitung unumstösslicher Wahrheiten gehen, sondern nur darum, eine – zur Zeit – allgemein annehmbare Lesart einer Norm vorzulegen.“

Hierarchieverhältnis der Verfassungsbestimmungen untereinander besteht – wie bereits erwähnt – grundsätzlich nicht.¹⁴ Die Verfassungsauslegung im Allgemeinen und insbesondere auch von Bestimmungen, die aufgrund von Volksinitiativen Eingang in die Verfassung gefunden haben, im Besonderen kann vor diesem Hintergrund komplex sein. Besondere Schwierigkeiten weist die Auslegung einer Verfassungsbestimmung dann auf, wenn sie entweder in sich nicht ganz „stimmig“ ist bzw. gewisse (Wertungs-) Widersprüche aufweist oder / und auch mit anderen Verfassungsbestimmungen in einem Spannungsverhältnis steht oder hier sogar gewisse Inkompatibilitäten bestehen (könnten).¹⁵

III. BGE 139 I 16: zulässige Auslegung oder unzulässige Rechtsfortbildung?

Auf der Grundlage dieser Skizze der für die Verfassungsauslegung massgeblichen Prinzipien sei nun der Frage nachgegangen, ob das Urteil des Bundesgerichts in BGE 139 I 16 (ganz oder teilweise) eine (un)zulässige Auslegung der Verfassung darstellt oder nicht. Nach dem Gesagten kann es dabei nicht darum gehen, die „Richtigkeit“ der Aussagen des Bundesgerichts zu „prüfen“, sondern nur (aber immerhin) darum, ob sich das Bundesgericht auf die skizzierten – soweit ersichtlich im Grundsatz allgemein anerkannten – Auslegungsmethoden stützt und in diesem Rahmen nachvollziehbar und vertretbar argumentiert.

Hintergrund des Urteils war die Frage, ob der Beschwerdeführer – ein 1994 im Rahmen eines Familiennachzugs eingereister Mazedonier – im Gefolge einer strafrechtlichen Verurteilung wegen qualifizierter Zuwiderhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz weggewiesen bzw. seine Niederlassungsbewilligung widerrufen werden durfte. Das Bundesgericht bejahte vor diesem Hintergrund zunächst das Vorliegen der Voraussetzungen des Widerrufs einer Niederlassungsbewilligung nach dem Ausländergesetz, verneinte aber gleichwohl die Rechtmässigkeit eines Widerrufs: Denn bei der Entscheidung nach Art. 63 AuG gehe es um eine „Kann“-Bestimmung, und die getroffene Massnahme müsse – wie jedes staatliches Verhalten – verhältnismässig sein sowie den Anforderungen der EMRK Rechnung tragen, Voraussetzungen, die nach Ansicht des Bundesgerichts vorliegend nicht gegeben waren, wie

¹⁴ Vgl. hierzu BGE 139 I 16 E. 4.2.1, mit ausführlicher Bezugnahme auf die Literatur.

¹⁵ Den skizzierten Grundsätzen trüge es insbesondere nicht Rechnung, die Tragweite einer Verfassungsbestimmung – falls sie durch eine Volksinitiative zustande gekommen ist – ausschliesslich oder auch nur schwergewichtig in Anlehnung an den Willen der Initiantinnen und Initianten zu bestimmen, wenn dieser auch ein Auslegungselement – neben (vielen) anderen – darstellt, das entsprechend den Umständen des Einzelfalls zu gewichten ist. S. insofern auch die diesbezüglich sehr klare Formulierung von *Hangartner*, AJP 2013 (Fn. 3), 698 (700), der folgendes festhält: „Dass die Initianten einer Volksinitiative kein Monopol auf die Auslegung des von ihnen initiierten Verfassungstextes haben (...), ist im Übrigen klar. Jeder Rechtstext, von wem er auch ausgeht, ist unter Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungsgesichtspunkte zu interpretieren und wird autoritativ von jenen Instanzen ausgelegt, die das Recht anwenden.“

das Gericht auf der Grundlage einer ausführlichen Analyse der konkreten Umstände des Beschwerdeführers darlegt.

Hieran änderten auch Art. 121 Abs. 3-6 BV (die im Zuge der Annahme der sog. „Ausschaffungsinitiative“ in die Verfassung eingefügt worden waren) nichts, da diese Bestimmung im Gesamtkontext der Verfassung auszulegen und zudem nicht unmittelbar anwendbar sei. Im Übrigen gehe die EMRK als völkerrechtliche Verpflichtung grundsätzlich nationalem Recht vor, und nach Art. 190 BV habe das Bundesgericht Völkerrecht anzuwenden.

Diese zuletzt erwähnten Aspekte stellen letztlich die zentralen Aspekte des Urteils dar, die denn auch teilweise umstritten sind¹⁶ und nachfolgend auf ihre Argumentationslinien analysiert werden sollen, wobei es – wie erwähnt – hier nicht um die „Richtigkeit“ oder auch nur die Überzeugungskraft der Erwägungen des Gerichts, sondern nur (aber immerhin) um ihre Nachvollziehbarkeit und damit um die Frage, ob sie sich im Kanon der anerkannten juristischen Auslegungsmethoden bewegen, geht. Dabei sind zunächst zwei Aspekte zentral:¹⁷

- Das Bundesgericht legte in seinem Urteil Art. 121 Abs. 3 BV gerade nicht so aus, dass im Falle der rechtskräftigen Verurteilung wegen der in Art. 121 Abs. 3 lit. a BV genannten Straftaten zwingend eine Ausweisung erfolgen müsse, ohne dass die Umstände des Einzelfalls geprüft werden könnten, so dass auch die Verhältnismässigkeit der entsprechenden behördlichen Massnahme diesfalls nicht mehr zu prüfen wäre. Es begründete diesen, sich aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht auf den ersten Blick ergebenden Ansatz sehr sorgfältig und ausführlich, wobei es insbesondere auf die Einheit der Verfassung, ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen Art. 121 Abs. 3 BV und anderen Verfassungsbestimmungen, das grundsätzliche Fehlen einer Hierarchie zwischen verschiedenen Verfassungsartikeln sowie die völkerrechtskonforme Auslegung hinwies.
- Im Lichte dieser Erwägungen des Bundesgerichts zur Auslegung des Art. 121 Abs. 3 BV vermag es kaum zu überraschen, dass die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmung verneint wurde, wobei das Bundesgericht auf die sich aus dem Gesamtzusammenhang der Bestimmung ergebende wertungsmässige Offenheit der Norm, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum belasse, auf die teilweise untechnische Formulierung der Tatbestände sowie den Widerspruch bzw. das Spannungsverhältnis zu verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben hinweist.

An sich hätte es das Bundesgericht damit belassen können, denn diese Erwägungen hätten genügt um zu begründen, dass Art. 121 Abs. 3-6 BV an der Rechtswidrigkeit des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung des Betroffenen nichts zu ändern vermochten. Das Bundesgericht liess es sich jedoch nicht nehmen, noch darauf hinzuweisen, dass selbst im Fall

¹⁶ S.o. I.

¹⁷ Vgl. im Einzelnen zu den Erwägungen des Bundesgerichts, die hier nur soweit skizziert werden sollen, wie sie im vorliegenden Zusammenhang relevant sind, *Epiney*, Jusletter v. 18.3.2013 (Fn. 3), Rn. 10 ff.

einer gegenteiligen Auslegung der genannten Bestimmung und der Bejahung ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit das Ergebnis dasselbe wäre:

- Denn – wie das Gericht unter ausführlicher Bezugnahme auf seine Rechtsprechung darlegte – im Falle eines Normenkonflikts zwischen Völkerrecht und einer späteren Gesetzgebung gehe ersteres vor; vorbehalten bleibe der Fall, dass der Gesetzgeber einen Konflikt mit dem Völkerrecht ausdrücklich in Kauf genommen hat (sog. „Schubert“-Praxis).¹⁸ Allerdings komme diese im Verhältnis von Bundesgesetzen und Menschenrechtskonventionen nicht zum Zuge.¹⁹
- Weiter seien die materiellen Standards der EMRK und die Durchsetzungsmechanismen der Konvention für die Schweiz verbindlich. Hieran sei das Bundesgericht nach Art. 190 BV gebunden, woran auch Art. 121 Abs. 3 BV nichts ändere, ebensowenig wie Art. 194 Abs. 2, Art. 139 Abs. 3 BV, wonach Verfassungsänderungen und Volksinitiativen zwingendem Völkerrecht nicht widersprechen dürfen, woraus folge, dass Verfassungsänderungen, die andere völkerrechtliche Normen nicht beachten, möglich blieben. Letzterer Aspekt ändert somit nach Ansicht des Bundesgerichts nichts an dem durch Art. 190 BV vorgesehenen Anwendungsgebot in Bezug auf Völkerrecht.

Fragt man nun nach der Verankerung dieser hier nur skizzenartig wiedergegebenen Argumentation des Bundesgerichts in der juristischen Methodenlehre bzw. ihrer grundsätzlichen Nachvollziehbarkeit auf der Grundlage der anerkannten juristischen Argumentationsmuster, so führt kein Weg an dem Schluss vorbei, dass sich das Gericht in jeder Beziehung gängiger Argumentationslinien bedient und seine Ansätze allesamt auf dieser Basis nachvollziehbar begründet sind.

Ausgangspunkt ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass das Bundesgericht – aufgerufen, in einem konkreten Anwendungsfall über den Widerruf einer Niederlassungsbewilligung zu entscheiden – das geltende Recht ausgelegt: Nach einer Analyse des einschlägigen Landes- und Völkerrechts ging es auf die Frage der Relevanz der Art. 121 Abs. 3-6 BV für die zu entscheidende Rechtsfrage ein, wobei es nach der genauen rechtlichen Tragweite dieser Bestimmung fragte (sowohl im Gesamtzusammenhang der Verfassung als auch in Bezug auf die unmittelbare Anwendbarkeit). Die hierbei herangezogenen Methoden (insbesondere Einheit der Verfassung, grundsätzliche Gleichrangigkeit verfassungsrechtlicher Normen, praktische Konkordanz) entsprechen den gängigen Auslegungsmethoden, was das Gericht auch unter ausführlicher Bezugnahme auf Rechtsprechung und Lehre darlegt. Dass das Gericht auf dieser Grundlage dann zu Ergebnissen kommt, die auf den ersten Blick dem (reinen) Wortlaut der auszulegenden Bestimmung nicht zu entnehmen sind oder sein könnten,

¹⁸ Vgl. BGE 99 Ib 39.

¹⁹ S. schon BGE 117 Ib 367; s. ansonsten insbesondere den PKK-Entscheid, BGE 125 II 417, wo das Bundesgericht betonte, ein Konflikt zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und einem Bundesgesetz sei unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten und in den Art. 26 f. VRK kodifizierten Grundsätze des Völkerrechts zu lösen; diese Grundsätze seien für sämtliche Staatsorgane bindend, so dass im Konfliktfall das Völkerrecht grundsätzlich dem Landesrecht vorgehe.

ändert hieran nichts, stellt doch der Wortlaut einer Vorschrift anerkanntermassen nur den ersten Anhaltspunkt bzw. den Ausgangspunkt für die Auslegung, während die eigentliche Tragweite einer Norm immer unter Berücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkte zu erfolgen hat.²⁰ Im Gegenteil: Es wäre methodisch fragwürdig bzw. unzulässig, diese sonstigen Aspekte unter Hinweis auf einen (vermeintlich) „klaren“ Wortlaut ausser Acht zu lassen.

Gegen diesen Ansatz kann auch nicht eingewandt werden, das Urteil des Bundesgerichts (insbesondere die Ablehnung der unmittelbaren Anwendbarkeit) impliziere eine Weigerung des Bundesgerichts, einen von Volk und Ständen angenommenen Verfassungstext anzuwenden, so dass ein „pouvoir constitué“ den vom „pouvoir constituant“ entschiedenen Text missachte, wobei die Erwägungen des Bundesgerichts – ohne eine wirklich inhaltliche Auseinandersetzung mit diesen – als „arguments juridico-techniques“ qualifiziert werden:²¹ Natürlich obliegt es dem Verfassungsgeber, über die Modifikation der Verfassung und damit die Einführung neuer Verfassungsartikel zu entscheiden. Die Frage nach ihrer Rechtswirkung hingegen ist durch die für Auslegung und – im Rahmen der entsprechenden Verfahren – Rechtsanwendung zuständige Rechtsprechung und hier insbesondere das Bundesgericht zu beantworten. Diesem obliegt es zu entscheiden, ob ein bestimmter Artikel die Voraussetzungen für die unmittelbare Anwendbarkeit – die rechtlicher Art sind – erfüllt; es ist im Übrigen unbestritten, dass nicht alle Verfassungsartikel unmittelbar als solche angewandt werden können. Kommt nun das Bundesgericht – wie in BGE 139 I 16 – aufgrund nachvollziehbarer Erwägungen, die auf die gängigen juristischen Methoden abgestützt sind, zum Schluss, dass eine bestimmte Vorschrift diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so mag man (mit möglicherweise bedenkenswerten Argumenten)²² anderer Ansicht sein; nicht ersichtlich ist aber, warum durch die Verneinung der unmittelbaren Anwendbarkeit als solcher eine Geringschätzung bzw. Missachtung des Verfassungsgebers verbunden sein soll, ist doch die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit von Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen ein klassisches Auslegungs- und Anwendungsproblem, mit dem Gerichte auf allen Ebenen immer wieder konfrontiert sind und mitunter auch zu durchaus unterschiedlichen Ergebnissen kommen können.²³

Aber auch die ergänzenden Erwägungen des Gerichts, ob selbst im Falle eines anderen Ansatzes (sprich der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 121 Abs. 3 BV bzw. einer anderen Auslegung seiner Vorgaben) nicht doch das Ergebnis dasselbe bliebe, was das

²⁰ Zu diesen oben II.

²¹ So *Gonin*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Fn. 5), 37 (53, 56).

²² Wobei darauf hinzuweisen ist, dass sich *Gonin* gerade nicht mit den vom Bundesgericht entwickelten Argumenten gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 121 Abs. 3 BV auseinandersetzt, sondern im Ergebnis im Wesentlichen auf die Missachtung des Willens des Verfassungsgebers hinweist, vgl. *Gonin*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Fn. 5), 37 (53, 56),.

²³ So erachtete z.B. das Bundesgericht lange Zeit die Bestimmungen des Freihandelsabkommens Schweiz – EU für nicht unmittelbar anwendbar, während der EuGH in Bezug auf parallele Bestimmungen anderer Abkommen die unmittelbare Anwendbarkeit bejahte, vgl. zu dieser Problematik z.B. *Daniel Wüger*, Bundesgericht wendet Freihandelsabkommen erstmals unmittelbar an – eine Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, Jusletter v. 4.4.2005, m.w.N.

Bundesgericht – wie erwähnt – bejahte, tragen sowohl bezüglich des Grundsatzes als auch der inhaltlichen Tragweite den gängigen juristischen Methoden Rechnung bzw. beruhen auf diesen entsprechenden Argumentationslinien.

Zwar könnte man auf den ersten Blick zunächst einwenden, diese letztlich obiter dicta darstellenden Ausführungen seien überflüssig und damit unzulässig. Zu überzeugen vermag dies freilich nicht: Zwar waren die entsprechenden Erwägungen für die Entscheidung des konkreten Falls aufgrund des Ansatzes des Gerichts in Bezug auf die Auslegung des Art. 121 Abs. 3 BV in der Tat nicht mehr entscheidend. Jedoch führt dies nicht als solches zu ihrer Unzulässigkeit bzw. obiter dicta stellen nicht per se eine Überschreitung der gerichtlichen Zuständigkeiten dar. Denn ein solcher Ansatz liefe darauf hinaus, dass obiter dicta von Gerichten ganz grundsätzlich unzulässig seien, was weder der gerichtlichen Praxis noch der Lehre entnommen werden kann. Im Gegenteil wird häufig auf obiter dicta zurückgegriffen bzw. solche für zulässig und opportun erachtet, jedenfalls soweit ein Zusammenhang mit der zu entscheidenden Frage besteht. Dies ist im vorliegenden Zusammenhang zweifellos zu bejahen, da letztlich dargelegt wird, dass das vom Bundesgericht vertretene Ergebnis in jedem Fall und aus weiteren Gründen Bestand hat; derartige ergänzende Ausführungen können aber durchaus hilfreich sein, ist es doch mitunter denkbar, dass gewisse Ansätze bzw. Erwägungen umstritten sein mögen bzw. man zu einem anderen Ergebnis hätte gelangen können. Darüber hinaus kann es durchaus Konstellationen geben, in denen sich Gerichte veranlasst sehen können, im Kontext des Urteils bzw. der sich in diesem stellenden Probleme grundsätzliche Erwägungen anzustellen.

Inhaltlich erörtert das Bundesgericht das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Bundesgesetze und Verfassung), und es lehnt sich hier an Lehre und Rechtsprechung an, um ausgehend von den einschlägigen verfassungsrechtlichen Bestimmungen einen grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Völkerrechts – wobei die sog. Schubert-Rechtsprechung ausdrücklich vorbehalten wird, wenn sie auch in einem der nachfolgenden Sätze nicht mehr erwähnt wird²⁴ – zu begründen. Das Bundesgericht knüpft damit an eine Reihe von Verfassungsbestimmungen an und fasst letztlich auch und gerade seine bisherige Rechtsprechung zusammen, so dass damit auch auf die dortige (als bekannt vorausgesetzte) Argumentation – die sich ihrerseits der üblichen juristischen Methoden bedient – verwiesen wird. Man mag hier in der Sache anderer Meinung sein bzw. es mögen Argumente auch für (in Teilen) abweichende Ansichten vorgebracht werden können; nicht ersichtlich ist jedoch, dass die Vorgehensweise und Argumentationslinien des Bundesgerichts ausserhalb der gängigen juristischen Methoden anzusiedeln wären bzw. diese missachteten, zumal der Verfassung selbst wohl keine wirklich klare Aussage zur Thematik zu entnehmen ist, ist die „Rangfrage“ von Völker- und Landesrecht doch nicht ausdrücklich geregelt. Nur am Rande

²⁴ M.E. kann das Urteil vor diesem Hintergrund daher auch nicht als Aufgabe der Schubert-Praxis ausgelegt werden. S. aber die in dieser Hinsicht andere Akzentsetzung bei *Hangartner*, AJP 2013 (Fn. 3), 698 ().

sei in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass die Aussagen des Bundesgerichts weit weniger „revolutionär“ sind als sie teilweise dargestellt werden;²⁵ vielmehr dürften sie letztlich eine (nach der hier vertretenen Ansicht durchaus gelungene) Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung darstellen.²⁶ Ein grundsätzlicher Vorrang des Völkerrechts lässt sich damit in der Sache (trotz der bemerkenswerten Offenheit der Verfassung in Bezug auf diese Frage) vertretbar begründen, wobei in erster Linie Art. 5 Abs. 4, Art. 190 BV sowie das allgemeine Rechtsstaatsprinzip von Bedeutung sind.²⁷

Gegen diesen Ansatz kann auch nicht eingewandt werden, das Bundesgericht modifiziere mit dem Urteil den „contrat social“;²⁸ vermag doch auch dieser Hinweis nicht zu begründen, warum dies so sein soll, da die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumente²⁹ letztlich auf die inhaltliche Stimmigkeit der Argumentation des Gerichts abzielen. Gleiches gilt für das Vorbringen, ein grundsätzlicher Vorrang des Völkerrechts trage den Kompetenzen der Bundesversammlung in Bezug auf die (Un-) Gültigkeitserklärung von Volksinitiativen sowie Art. 5 Abs. 4, 190 BV nicht Rechnung, zumal es in Bezug auf Bundesgesetze keine Verfassungsgerichtsbarkeit gebe.³⁰ Vor dem Hintergrund der durchaus etwas unklaren Regelung des Verhältnisses von Völker- und Landesrecht in der Verfassung und des Umstands, dass Art. 190 BV zu dieser Frage eben gerade keine Aussage zu entnehmen ist,³¹ erscheinen diese Erwägungen zwar a priori vertretbar; sie vermögen jedoch nicht zu begründen, warum das Bundesgericht durch seine Argumentation bzw. seinen Ansatz die verfassungsmässige Ordnung als solche missachtet haben soll und sich in Richtung eines „jugislateur“³² bewege. Der Nachweis, dass das Bundesgericht den Pfad der anerkannten rechtlichen Auslegungsmethoden verlassen habe und sich auf diese Weise über die Verfassungsordnung gestellt habe,³³ wird jedenfalls nicht erbracht. Vielmehr wird der Umstand, dass das Bundesgericht bestimmte Ansichten über die Auslegung gewisser Verfassungsartikel sowie das Verhältnis von Völker- und Landesrecht vertritt, die offenbar nicht den eigenen entsprechen (wobei die Gründe, wie erwähnt, erwägenswert bzw. vertretbar sein mögen), mit einer Missachtung der Verfassung bzw. einer Überschreitung der gerichtlichen Befugnisse und damit letztlich einer Art Amtsanmassung („jugislateur“) gleich

²⁵ S. bei *Gonin*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Fn. 5), 37 (53 ff.).

²⁶ Im Einzelnen hierzu *Epiney*, Jusletter v. 18.3.2013 (Fn. 3), Rn. 29 ff.; s. auch *Astrid Epiney*, Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: eine politische oder eine rechtliche Frage?, Jusletter v. 16.12.2013, Rn. 7 ff., m.w.N.

²⁷ Im Einzelnen hierzu, m.w.N., auch auf abweichende Ansichten, *Astrid Epiney*, Art. 5, Rn. 56 ff., in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, 2015 (im Erscheinen).

²⁸ So aber *Gonin*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Fn. 5), 37 (55 f.).

²⁹ S. diese bei *Gonin*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Fn. 5), 37 (54 f., 58 ff.).

³⁰ Vgl. *Gonin*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Fn. 5), 37 (56).

³¹ Vgl. zum Ganzen, m.w.N., *Astrid Epiney*, Art. 5, Rn. 56 ff., Art. 190, Rn. 8 ff., in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, 2015 (im Erscheinen).

³² So der Ausdruck bei *Gonin*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Fn. 5), 37 (56 ff.).

³³ So zumindest implizit *Gonin*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Fn. 5), 37 (56).

gesetzt. Dies erscheint methodisch fragwürdig und ist auch nicht durch die wiederholten Bezugnahmen auf theoretische Konzepte³⁴ begründbar, fehlt doch – wie erwähnt – der Nachweis, dass die anerkannten juristischen Argumentationslinien verlassen wurden; es bleibt vielmehr bei der Behauptung, das Gericht habe Recht geschaffen und sich nicht auf die Auslegung beschränkt.³⁵

Insgesamt bewegt sich das Urteil des Bundesgerichts in BGE 139 I 16 somit innerhalb der üblichen und anerkannten juristischen Argumentationslinien, so dass es aus rechtlicher Sicht abwegig erscheint bzw. erschiene, dem Gericht eine Überschreitung seiner Kompetenzen als Rechtsauslegungsinstanz vorzuwerfen: Die Rolle des Bundesgerichts ist es ja, das Recht auszulegen. Wenn nun durch eine Volksinitiative die Verfassung punktuell abgeändert wird und dadurch Konfliktpotential mit anderen verfassungsrechtlichen Normen entsteht, ist es die Aufgabe des Bundesgerichts (und wohl eine der vornehmsten Aufgaben dieses Gerichts), durch Auslegung zu ermitteln, wie die sich potentiell widersprechenden Bestimmungen zu verstehen sind. Das obiter dictum bettet sich thematisch in die durch den konkreten Fall aufgeworfene Problemstellung ein, so dass die Vorgehensweise des Bundesgerichts auch diesbezüglich im üblichen Argumentationsrahmen verläuft.

Eine andere Frage ist freilich diejenige, ob man die Ansätze und Erwägungen des Gerichts teilt: Hier mag man (zumindest in gewissen Punkten) mit guten und vertretbaren Argumenten anderer Ansicht sein;³⁶ dies ist dann aber keine Frage der Überschreitung seiner Kompetenzen durch das Bundesgericht, sondern betrifft die inhaltliche Stimmigkeit des Urteils, ein Aspekt, über den man in aller Regel trefflich diskutieren kann, der aber klar von der Problematik der „Kompetenzüberschreitung“ durch das Gericht zu unterscheiden ist.

IV. Schluss

Eine Auseinandersetzung (sowohl in der breiteren Öffentlichkeit und der Politik als auch in der Lehre) mit der Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichts – die notwendig und erwünscht ist, kann doch nur auf diese Weise eine vertiefte Auseinandersetzung mit den jeweils aufgeworfenen Fragen und eine auch inhaltliche Diskussion erfolgen – sollte m.E. von allen Beteiligten immer vor dem Hintergrund der in der Verfassung vorgesehenen Gewaltenteilung und damit eines grundlegenden Aspekts der Rechtsstaatlichkeit erfolgen. Denn Gerichte sind auf der Grundlage der Verfassung dazu aufgerufen, Recht auszulegen und anzuwenden, dies nach den in diesem Zusammenhang anerkannten juristischen Auslegungsmethoden. Wenn nun Gerichten und insbesondere dem Bundesgericht als

³⁴ Vgl. *Gonin*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Fn. 5), 37 (47 ff., 57 f.).

³⁵ *Gonin*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Fn. 5), 37 (60 ff.).

³⁶ S. z.B. die Kritik an einzelnen Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 130 I 16 bei *Biaggini*, ZBl. 2013 (Fn.), 316 ff.

höchstem Gericht allzu leichtfertig und letztlich ohne nachvollziehbare Gründe Kompetenzüberschreitungen – denen immer der Makel des „Unzulässigen“ anhaftet, unabhängig von inhaltlichen Aspekten – vorgeworfen werden, zeugt dies daher von einer mangelnden Achtung vor dieser der Rechtsprechung und den Gerichten in einem demokratischen Rechtsstaat zukommenden (zentralen) Rolle. Denn die Auslegung liegt ja gerade in der Zuständigkeit der Gerichte; dies gilt auch für diejenigen Konstellationen, in denen (vermeintlich) „falsch“ entschieden wird. Zwar gibt es kein „Recht“ der Gerichte, „falsch“ zu entscheiden; tun sie es aber möglicherweise doch, so sind ihre Entscheidungen in einem Rechtsstaat gleichwohl zu akzeptieren, wenn man sie auch kritisieren mag, was dann aber in inhaltlicher Hinsicht und nicht mit der „Keule“ des Vorwurfs der Kompetenzüberschreitung erfolgen sollte.

Fasste man die Rolle der Gerichte im Allgemeinen und des Bundesgerichts im Besonderen so eng, wie dies teilweise vertreten wird,³⁷ so wäre es der Rechtsprechung letztlich verwehrt, zentralen Weichenstellungen der Verfassung – insbesondere den sog. Strukturprinzipien der Verfassung, wozu auch das Rechtsstaatsprinzip, das in materieller Hinsicht u.a. die Geltung der Grundrechte und des Verhältnismässigkeitsprinzips umfasst – durch eine der praktischen Konkordanz verpflichtete Auslegung Rechnung zu tragen, womit letztlich eine Reduktion der richterlichen Funktion auf eine Art „maschinelle“ Subsumtion isoliert betrachteter Verfassungsbestimmungen einherginge, was weder der vornehmen und in einem Rechtsstaat bedeutenden Rolle des Richters noch der Tragweite der zentralen verfassungsrechtlichen Weichenstellungen Rechnung trüge. Es bleibt vor diesem Hintergrund zu hoffen, dass diesen Zusammenhängen auch in Zukunft angemessen Rechnung getragen wird und zentrale Errungenschaften des Rechtsstaats nicht (auch noch)³⁸ durch kaum nachvollziehbare Vorwürfe der Kompetenzüberschreitung durch Gerichte in Frage gestellt werden.

³⁷ S. den Nachweis in Fn. 5 sowie die Ausführungen unter III.

³⁸ Zur Problematik von Volksinitiativen, die im Spannungsfeld bzw. im Konflikt mit zentralen inhaltlichen Anforderungen eines demokratischen Rechtsstaats stehen, die kurzen Überlegungen bei *Epiney*, Jusletter v. 18.3.2013 (Fn. 3), Rn. 41 ff., m.w.N. zum Thema.